

意大利刑法纲要

◎陈忠林 / 著

64

 中国人民大学出版社

YIDALIXINGFAGANGYAO

意大利刑法纲要

陈忠林 著

中国人民大学出版社

第一章 刑法的法律性质

第一节 刑法的概念

一、作为刑法学研究对象的“刑法”

汉语里的“刑法”一词，在意大利语中有两种表述方式：“Il Diritto Penale”和“La Legge Penale”。前者是指作为刑法学研究对象的“刑法”；后者则是指作为法律规范的“刑法”。

从词义上说，前者中的“法（diritto）”，有“正直”、“公平”、“权利”等意。这一意义的“法”，就结构而言，是指作为有内在有机联系的整体“法”；就内容而言，不仅指“实然（l'essere）法”，而且还可以包括“应然（il dover essere）法”，不仅可理解为对“过去进行理性化”的“现行法（lex lata），而且还可以指作为“指导将来大纲”的“未来的法（lex ferenda）”。故这种理论意义的“法”，又兼有“法学”之意。而后者中的“法（legge）”，除有“法则”、“规则”等意外，主要是指各种成文的“法律”，或者说是人们行为必须遵守的各种法律规定。在法学中，这种“法”是一种纯客观的“实然的（l'essere）”，既无所谓结构，也无所谓善恶，是一种尚未成为人们的研究对象之前，以“自在自为（in se e per se）”状态存在的法律规则。

从上面的说明中，我们已经可以看见，尽管后者才是一个与汉语中的“刑法”含义最为接近的概念，但意大利语中只有前者才可能成为刑法学的研究对象。

二、刑法的内涵

“刑法（diritto penale）”，得名于其特有的制裁措施——“刑罚（pena）”，内容是否与适用“刑罚”有关，是区别刑法规范和其他法律规范的标志。对意大利刑法学界来说，这不仅是当然不争之论，而且更是一切有关刑法概念的出发点。因此，意大利的刑法教科书在界定刑法的概念时，多以刑罚为核心，从刑罚的适用范围、适用对象以及刑罚的作用等角度来揭示刑法的内涵。如第二次世界大战后，意大利最著名的刑法学家安东尼惹（F. Antolisei）就认为，刑法是“国家通过刑罚的威慑来禁止特定人类行为的法律规范的总和”，“或者规定违法行为人应受刑罚处罚的法律规范的总和”。此外，认为刑法是“规定作为特定人类行为后果的刑事制裁措施和如何适用这些措施的法律规范的总和”，或者“任何法律规范，只要它以刑法典第 17 条规定的‘主刑’^①之一作为制裁措施，就属刑法范畴”，“所有与适用刑罚有关的法律规定都具有刑法的性质”等观点，在当代意大利刑法教科书中都较有代表性。

不过，强调刑罚是刑法的特征和区别刑法和其他法律的标志，并不意味着意大利刑法学界忽视犯罪在刑法中的作用，相反，强调“刑法的真正核心是犯罪”，才是意大利刑法学的传统观点。如意大利古典学派的奠基人卡尔拉拉（F. Carrara）的代表作就名为《犯罪法纲要》，而开创实证主义刑事法学派的非利的《犯罪社会学》和加罗法洛的《犯罪学》，实际上都是刑法学著作。进入 20 世纪以来，特别是第二次世界大战以后，强调犯罪的主观因素和犯罪主体的作用逐渐成为世界性的倾向，刑罚只

^① 意大利刑法典第 17 条规定的主刑包括适用于一般犯罪的死刑、无期徒刑、有期徒刑和罚金；适用于违警罪的刑事拘留和罚款。其中的死刑已于 1994 年全面废除。

是与犯罪作斗争的一种手段，而后者才是刑法的真正目的，并应在现代刑法中占有核心地位的认识日益深入人心。在这种时代背景下，意大利刑法学界对刑法与刑罚关系的认识开始出现根本性的转变，并在刑法的定义中开始插入犯罪的主观因素或行为人的因素，甚至出现了撇开犯罪和刑罚来界定刑法内涵的倾向。

在上述倾向中，除并未成为意大利刑法学界主流的新社会防卫学派的观点外，特别值得一提的是，在当代意大利刑法学界主流派中占有重要地位的著名刑法学家曼多瓦尼（F. Madovani）对刑法所下的定义。在其代表作《刑法学》一书中，曼多瓦尼认为，刑法是“规定非法行为应承担因行为者人格而异的特定刑事法律后果的公法规范的总和”。这个定义有三个特点：（1）该定义有意识地避免使用传统的犯罪、刑罚或刑事制裁措施等概念，特别是在应用“刑罚”一词的地方，代之以“刑事法律后果”，反映了强调刑法的教育、改造、促进功能，淡化其惩罚、报复性质，这一刑法发展的世界性倾向；（2）该定义直接将行为者的人格纳入刑法定义的一部分，认为只有“有人格的人的行为”才是刑法真正的研究对象，如果不考虑行为者的人格，刑法就不可能实现任何合理的目的，反映了当代刑事立法日益主观化和对行为者的研究日益成为现代刑法学中独立部分的时代潮流；（3）在如何区分刑法与其他部门法界限问题上，作者既未强调刑法特有的制裁措施（刑罚），也未强调刑法调整行为一犯罪的特性，而只是从法律后果是否应依行为者人格而定这一角度，来说明刑法和其他部门法的区别，较之传统的刑法定义而言，似乎能在某种程度上更好地反映世界各国“刑事制裁措施多元化”、“刑罚个别化”以及“刑罚非刑罚化”的现实。

三、刑法的功能

将刑法理解为国家对犯罪的反应，强调刑法仅有确保社会安

全的作用，是意大利刑法学界在刑法功能的问题上传统的观点。如意大利现行刑法典主要起草者 A. 洛克在其名著《犯罪和刑法保护的客体》一书中认为：社会利益冲突的不可避免性，是所有法产生的基础。因此，国家只能像一个被动地维护社会秩序的宪兵一样发挥作用。因此，意大利传统的刑法理论认为，刑法的根本目的在于协调公民个人处理相互关系的意志，确保社会共同生活的必不可少的基本条件。按这种观点，刑法不仅应该，而且也只能是一个为确保社会共同生活而界定个人自由范围的系统。

在第二次世界大战后，上述传统的观点受到了有力的挑战。新的观点一方面承认现代社会需要刑法的根本原因，在于侵犯性是“人类不可根除的、本能的生命力”；在人类未摆脱自身的自然属性之前，“刑法的存在就是一个不可放弃的现实”。但同时又强调，“刑法只能是保护、而不能是镇压的工具”；在现代社会中，国家不仅应该仅作为“公共秩序被动的监护人”而发挥作用，更应该是主动地促进社会进步的组织者，应该是“人民的教师和教育者”。在这已成为意大利刑法学界主导性潮流的观点看来，具有强制力的刑法，在现代社会中应该是促进、完善“自由的工具”，而不能像传统的观念那样仅仅将其理解为对“自由的界定”。刑法所维护的自由，不应再只是“有……自由，而且还应该是“摆脱……的自由或不受……侵犯的自由”。在这个意义上，现代刑法应该具有以下两个最基本的功能：

1. 保障公民的基本人权和自由。这里的“基本人权”，是指每个公民应平等享有的“不受任何歧视的生命、健康、名誉等平等权利”；而“基本自由”，则是指“任何个人或公共机关都不得侵犯的出版、言论、宗教信仰、结社、集会、游行等基本的自由”。为了实现保障公民基本人权和自由的这一功能，刑法就应该视人本身为最高价值，禁止出于政治、经济或道德观念的目的而将人作为国家、集体或他人的工具，从刑法中清除那些“纯因

政治而设立的犯罪”（如各种因思想或不忠诚而构成的犯罪）和的确“没有被害人的犯罪”。这里要值得注意的是，意大利刑法学界的主流派认为，这里所说的“保障公民的基本人权和自由”，不仅指保障公民基本人权免受司法或政府机关的非法剥夺，同时也意味着保护“公民不受他人的侵犯”，绝不允许“打着自由的旗号，有意识地给那些最狡猾最危险的罪犯发放侵害被害人自由的许可证”。因为，“不受罪犯侵害的权利”也是公民不可侵犯的“（基本）人权之一”。

2. 促进社会发展。刑法的这一功能，“意味着刑法必须是维护集体利益（健康、环境、艺术财富、劳动安全等），促进社会平等和实现法治国家社会目的的工具”。现代国家在组织、鼓励有益于社会的行为方面的作用日益重要，在职能上逐渐从“控制社会的工具”转化为“指导社会的工具”，是实现刑法这一功能的宏观基础。就刑法的内容而言，实现刑法的促进功能，则意味着现代刑法应逐步从传统的以禁止规范为主的镇压型刑法，开始向以命令规范为主的强制型刑法转化。

由于个人的基本权利和自由与社会的发展，并不是在任何情况下都是和谐的统一体，刑法的上述两个基本功能也必然会在一定的范围内发生冲突。面对这一事实，意大利刑法学界强调，所有刑法的功能都必须服从于“为人和人的发展服务”这一根本目的，只有在这个基础上，一定意义上相互矛盾、相互对立的个人基本权利和社会发展、“个人主义与集体主义”才有可能实现完整的结合。

第二节 “刑法（罚）必要性”原则

一、刑法的独立性与从属性

在刑法的法律性质问题上，意大利刑法学界有“刑法独立性

说”和“刑法从属性说”的分歧。

刑法不是一个独立的法律部门，本是启蒙时期自然法学家霍布斯、卢梭等人的主张。在现代意大利，“刑法从属性说”也得到了以克里斯匹尼（Crispigni）为代表的刑法学者的支持。他们认为：（1）从内容上看，刑法没有自己独立调整的对象，因为每一个被刑法规范禁止的行为，实际上都是先已为其他部门法所禁止的行为；（2）从形式上看，刑法没有自己独立的禁止性规范，刑法规范中只有制裁这一部分才真正属于刑法的内容；（3）从功能上看，刑法实际上只具有用刑事制裁来增强其他法律禁止性命令威慑力的作用。所以，刑法只有依附于行政法、民法等其他部门法，并作为其他部门法的补充才可能存在。

不过，赞成刑法从属性的观点，今天已只是意大利刑法学界个别人的意见。意大利刑法学界占统治地位的观点认为：作为最古老的法律形式，刑法不仅有自己特有的规范（如不得杀人、强奸、侮辱死者、虐待自己的动物等）；更重要的是，任何法律规范一旦以刑罚为制裁措施，就会成为刑法体系的有机组成部分，该规范的原有性质、作用、目的、适用对象和范围等方面都会发生根本性变化。例如，禁止“雇主”调查工人的政治倾向，如果是劳动法规范，其中的“雇主”可以是民法意义上的任何人：既可以是自然人，也可能是法人或非人格化的单位。但是，如果将这个规范变为以刑罚为制裁措施的刑法规范^①，该规范中所说的“雇主”就只能是自然人，因为意大利刑法不允许追究法人或集体单位的刑事责任。

今天，刑法独立性说是在意大利刑法学界占统治地位的观点。不过，正如意大利著名刑法学家帕多瓦尼所指出的那样：某

^① 意大利 1970 年第 300 号法律第 8 条、第 38 条第 1 款禁止“雇主”调查雇员的政治倾向。

种违法行为不可能用民法或行政法措施加以制裁，或者不能仅仅采取民事或行政措施进行制裁，的确是人们将其他法律规范改造为刑法规范的主要原因（如对杀人行为，如果仅仅要求行为人赔偿损失，就无法保障人的生命）。因此，“承认刑法是一个独立的法律部门，并不意味着否认刑法属于制裁性规范”，或者否认刑法规范的确具有作为制裁措施，“增强其他法律规定的禁止性命令的作用”。相反，正如我们在下面将看到的那样，在坚持刑法是一个独立的部门法的前提下，强调刑法的“辅助性（*sussidiarietà*）”，是意大利刑法理论带倾向性的发展方向。

二、刑法“必要性原则”

刑法“必要性原则（*principio di necessità*）”，亦称刑法“辅助性原则（*principio di sussidiarietà*）”或刑法“分散性原则（*principio di frammentarietà*）”。这一原则本为启蒙时代的思想家提出，并为法国大革命中的《人权宣言》所肯定。但当自由资本主义在世界范围内得到确认后，在机械理解三权分立学说和人民主权理念的欧洲大陆，议会无错、立法至上的观点曾长期居于统治地位。德、意法西斯得以在“三权分立”的政治框架内上台，在“人民主权”的旗帜下扬威，在“法律至上”的名义下任意限制剥夺人民的自由，并最终导致第二次世界大战，酿成人类悲剧的惨痛事实，迫使人们认识到从各个方面理性地限制国家滥用权力的必要性。正是在这样的时代背景下，刑法必要性原则，在长期成为无人注意的“弃儿”之后，重新又有逐渐成为刑法基本原则的势头。

“刑法必要性”原则的主要内容，是严格坚持“无必要即无犯罪和刑罚（*nullum crimen, nulla poena sine necessitate*）”，刑法的运用只能严格地限制在直接保护公民的基本人权，或通过保护公民享受基本人权必不可少的民主制度、公共资源等来间接地

保护公民的基本人权的范围之内。该原则包含以下从属性原则：

1. 刑法保护利益的价值性与刑法制裁手段的严厉性必须相称性原则。该原则“意味着刑事制裁的运用必须严格限制在直接或间接地维护（通过保护真正实现人权必不可少的财产、民主制度、公共资源等）最基本的人权的范围内”，不能将刑法无限制地“用来作为保证个人忠诚于现实国家的必不可少的工具”，即刑法只能用来维护社会最根本的利益，防止社会最不能容忍的严重侵害，否则刑罚的运用就必然会造成公民权利无谓的牺牲，并产生消极效应。

2. 刑法作用的辅助性原则。这一原则意味着在维护法律所保护的价值方面，刑事制裁只能作为迫不得已的“极端手段（*extrema ratio*）”，在各种刑法措施中，剥夺自由的刑罚只能作为最后手段，“不在不用刑事措施就不足以有效地处罚和预防某种行为时，就不允许对该行为规定刑事制裁”。

3. 罪刑法定原则，这一原则要求必须严格地按照法律的规定来认定犯罪、适用刑罚。任何“剥夺人身自由”或“限制人身自由”的措施，都只能由“司法机关通过合法的程序”，“以法律规定的方式适用于法律规定的情況”。

刑法必要性原则要求，刑法只能以最重要的社会利益为保护的對象，社会只有在迫不得已的情况下才能规定并运用刑法（罚）。因此，作为刑法调整对象的犯罪，在外延上既不等于违反道德的行为（如不让成年的子女上学并不构成刑法典第 570 条第 2 款规定的不履行家庭义务罪），也有别于一般的违法行为（如一般的违约行为就不属于刑法调整的范畴）。在大多数情况下，甚至也不仅仅是侵害了刑法所保护法益的行为，而必须是以刑法规定的方式侵犯刑法保护利益的行为（如刑法规定的各种侵犯财产罪，就只有用刑法所禁止的方式才能构成）。犯罪行为的上述特点，在意大利刑法学界被称之为刑法（调整对象）的“分

散性”，这既是在刑法领域应该特别强调严格的罪行法定原则的原因，也是刑法“必要性原则”亦被意大利刑法学界称为“分散性原则”的原因。

第二章 罪刑法定原则

第一节 罪刑法定原则概说

一、形式与实质的“罪刑法定原则”

我国刑法中的“罪刑法定原则”一词，在意大利语有两种表述方式。一是直接借用德国刑法学家费尔巴哈首创的拉丁语格言：“Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege”^①。二是“Principio di legalita'”。后者直译为汉语，应是“合法性原则”或“法制原则”的意思。由于从字面含义看，“Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege”，仅指“只有法律才能规定犯罪和刑罚”，并不包含禁止类推、禁止溯及既往的意思，所以，意大利刑法学界一般都用“Principio di legalita'”，来表述我国刑法学界所说的“罪刑法定原则”。为了与一般的“合法性原则”相区别，这一原则有时也被称为“犯罪与刑罚的合法性原则”（“Principio di legalita' dei reati e delle pene”）。

意大利著名刑法学家曼多瓦尼等权威人士认为，“合法性原则”可以有“实质的合法性原则”和“形式的合法性原则”两种

^① 这段拉丁语直译应为“没有成文的法律，就没有犯罪与刑罚”。由于原文中的“lege”本是指“成文的法律”，没有“明文规定”的意思，日本及我国刑法学界将上述拉丁语译为“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”似有失准确之嫌。从费氏将犯罪定义为“对权利的侵害”，以及德国古典学派的代表人物宾丁、毕克麦尔等人都赞成或者不明确反对类推的情况来看，上述译文也很可能没有准确地反映费氏的原意。

表现形式。

按曼氏的理解，所谓“形式的合法性原则”，是一种将“合法性”中的“法”理解为立法机关制定的成文法，视形式上违反法律为犯罪的本质，强调法律表现形式及内容的确定性，相对强调刑法保护公民自由的倾向。坚持上述立场必然得出的两点结论是：(1) 法律没有明文规定为犯罪的行为，不论其社会危害性到达什么程度，也不得处罚；(2) 法律规定为犯罪的行为，即使对社会没有任何危害性，也必须依照法律规定进行处罚。

所谓“实质的合法性原则”，则是指具有下列倾向的刑法：(1) 在法的本质问题上，强调“不违背正义要求不为罪 (Nullum crimen sine jure)”，即认为“合法性原则”中的“法”只能是体现人类正义要求的“法”，反对“恶法”也是“法”的观点；(2) 在刑法渊源问题上，强调持“无刑罚处罚不为罪 (Nullum crimen sine poena)”，认为除制定法外，实际为人民所遵循的“习惯法”或“司法创造的法”，只要能作为适用刑罚的参考，都应该是刑法的表现形式；(3) 在犯罪本质问题上，强调“无社会危害不为罪 (Nullum crimen sine iniuria)”，认为在认定犯罪时，可以撇开法律规定的形式，直接以行为对社会的危害作为认定犯罪的标准；(4) 在法的价值取向问题上，着重强调个人的利益应服从社会的需要，将维护保卫社会生活的基本条件作为刑法的首要任务。坚持“实质的合法性原则”，必然推出的两点结论是：(1) 只要行为的社会危害性达到了犯罪的程度，即使在没有法律明文规定情况下，也应受刑罚处罚；(2) 只要行为不具有应有的社会危害性，即使有法律的明文规定，也不得当做犯罪来处理。

鉴于“形式主义的合法性原则”与我国刑法学界所说的“罪刑法定原则”有基本一致的内容，而赞成在意大利应坚持“形式的合法性原则”，至少在“法无明文规定不为罪”这一问题上，意大利刑法学界有基本一致的主张，故本书仍按我国的习惯，将

意大利刑法中的“合法性原则”译为“罪刑法定原则”。

二、罪刑法定原则的基本内容

关于罪刑法定原则在刑法中的地位，意大利刑法学界有不同的认识^①，但对该原则的内容却有基本一致的意见。按意大利刑法学界的通说，罪刑法定原则应该包含下列三个有内在本质联系的从属原则：（1）在刑法渊源问题上的“法律专属性原则”（Principio di riserva alla legge）；（2）在刑法规范的表述形式及适用问题上的“明确性和确定性原则”（Principio di tassivita' e di determinatezza）；（3）在刑法时间效力问题上的“不得溯及既往原则”（Principio di irretroattività）。防止国家滥用刑罚权，保障公民的个人自由，是上述三个从属性原则总的目的。

所谓“法律专属性原则”，是指只有立法机关通过合法程序制定的成文法才是刑法的惟一渊源。该原则的深层蕴含着两层意思：一是排除习惯法，禁止法官援引非制定法作为判案的依据以限制司法权；二是排除非立法机关制定的法律，禁止政府擅自立法以限制行政权。

“明确性和确定性原则”亦称“明确性原则”。其中的“明确性”，是指刑法规范必须以使“从最伟大的哲学家到最普通的公民都能一眼看明白”的方式，清楚地规定犯罪与刑罚之间的关系，不得以模糊的语言来描述对犯罪的规定，或对任何犯罪规定不定期刑。而该原则中的“确定性”，则主要是针对刑法的适用过程而言的，它要求法官在执行法律的过程中对法律应绝对服从，禁止法官在适用法律的过程中进行类推，或者扩张或缩小法

^① 如帕多瓦尼将罪刑法定原则视为统率整个刑法领域的基本原则；曼多瓦尼认为其主要是有关定罪的基本原则；而安东尼慈则认为罪刑法定原则主要是解决刑法渊源问题的基本原则。

律的含义。总的来说，“明确性和确定性原则”的主要目的在于限制司法权，禁止法官在适用法律的过程中解释法律。因为一旦承认法官具有对法律的解释权，法律的适用过程中就不可避免地会掺入法官个人的因素，使法律在执行过程中偏离法律规定的精神，而让司法机关具有了滥用司法权的可能。当然，要求刑法规定的明确性和确定性同时也是对立法机关的限制，它要求立法机关不得制定不必要或含义模糊、不明确的法律，以便从根本上杜绝法官解释法律的可能性。

刑法规范“不得溯及既往的原则”，也有人将其称为刑法效力的“限时性原则（Principio di non ultrattività¹）”。按前者，其内容是刑法规范不得具有溯及既往的效力；按后一个名称，该原则的内容则应为：刑法规范只能适用于其生效期间的行为，无论对其生效前，还是失效后实施的行为，均不得有任何约束力。因为如果说“法律专属性原则”侧重于限制行政权，“明确性和确定性原则”的根本目的在于限制司法权，那么在刑法规范时间效力问题上的“不得溯及既往原则”的主要目标则在于限制立法者的权力。所谓刑法规范“不得溯及既往”，实际上就是禁止立法者制定事后法。理由很简单，如果允许制定事后法，法律规范就具有不可预测性，人们不可能知道自己行为的后果，公民的自由就失去了根本的保障（因为任何人都不敢担保，一个行为时完全合法的行为，不会被事后的法律规定为非法）。另一方面，法律不得具有溯及既往的效力这一要求，同时也禁止法官将审判时的法适用于行为时无明文规定为犯罪的行为，因而也具有限制司法权的作用。

“当然，罪刑法定原则的这三个方面是相互依存的，缺少其中的任一方面，其他方面的作用必然会受损害。含义模糊的法律规定必然会导致对不得溯及既往的否定：由于行为时法律规定是不确定的，只能由法官根据事后的价值判断来决定法律适用的范

围。如果允许刑法规范有溯及既往的效力，不管条文规定得多么清楚，法律专属性原则的保障作用也将化为乌有；强调只有立法机关才能制定刑法，为的是保障公民自由，如果一个法律可以践踏公民已经行使了的自由，它是否是立法机关制定的还有什么意义呢？”

三、意大利宪法中有关“罪刑法定原则”的规定

就形式而言，在意大利的现行法律中，可以说找不到完全包含有关罪刑法定原则上述三个从属性原则的法律规定。因为，罪刑法定原则上述三个从属性是意大利刑法学界对散见于数个法律中有关规定的概括。这些法律分别是宪法第 25 条、刑法典第 1 条、第 2 条、第 199 条和民法典前言第 14 条。

意大利宪法第 25 条第 2 款规定：“如果不是根据行为实施前生效的法律，任何人不得受处罚”。对该款是意大利宪法对罪刑法定原则的肯定，人们基本不存疑义。但对于该款规定的内容和适用范围，意大利刑法学界都有不同的理解。

关于该款的适用范围，一部分意大利刑法学家认为，因为该款并没有被明确将“法律”定义为“刑法”，所以该款规定的基本原则应适用于包括行政法律在内的一切“带惩罚性的法律（diritto punitivo）”；但占统治地位的观点认为，只有刑法才应是该款规定原则的主要适用对象。

就其内容而言，意大利刑法学界大致有三种理解：一是认为该款仅是关于“不得溯及既往原则”的规定；二是认为该款中只是规定了“法律专属性原则”和“不得溯及既往”原则，但“没有明确规定明确性与确定性原则”，规定刑法规范的明确性和禁止类推的不是宪法，而是两个普通的法律规范；三是认为该款规定中已经包含了罪行法定原则的全部内容。因为尽管“从形式上看，该规定强调的似乎主要是法律专属性原则（“根据……法

律”)和不得溯及既往原则(“……行为实施前生效的……”)”,但是,“根据自由宪法的传统、立法者的初衷以及最现代的刑法理论和宪法实践”,“罪刑法定原则的三个从属性原则是一个统一不可分的整体”,刑法的明确性与确定性“本是宪法第25条第2款的应有之意,因此也具有与法律专属性原则和不得溯及既往原则同等的重要性”,“在我们的共和国宪法中,它们无疑都具有宪法性意义”。最后一种理解是目前在意大利刑法学界占统治地位的观点。

至于该款中的“法律”,是指正式的法律,还是包括应“立法性法规”、“可转换为法律的法规”等实质法律;该款的内容是绝对排斥非法律性规范在刑法领域内的适用,还是在一定条件下允许行政法规对法律的补充,我们将在下一节“刑法的法律专属性原则”中加以说明。

第二节 刑法的法律专属性原则

一、刑法的渊源

刑法的“法律专属性原则”,亦称“狭义的罪刑法定原则(principio di legalita' stretta)”,即对“nullum crimen, nulla poena sine lege”最狭义的理解。其基本要求是:只有成文的法律才能作为刑法的渊源。因而,它是一个与我国刑法学界最通常的说法:排除习惯法有大致相近的概念。由于法律专属性原则实际上统率刑法渊源的原则,所以有必要首先介绍意大利刑法学界对刑法渊源一词的理解。

在意大利刑法学中,“刑法的渊源”有三种含义。

1. 指颁布或制定刑法的主体,即“刑法产生的渊源”(fonti di produzione)。这一意义的“刑法渊源”又有形式渊源与实质渊源两种划分。在现代刑法中,前者一般指有权制定刑法的国家